

EL ARMA PENAL Y LA GUERRA CONTRA LA PROSTITUCIÓN: REFLEXIONES PARA LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL²

THE CRIMINAL WEAPON AND THE WAR AGAINST PROSTITUTION:
REFLECTIONS FOR THE REFORM OF THE CRIMINAL CODE

Paz M. De la Cuesta Aguado^{1,a} 

¹ Catedrática de Derecho Penal. Departamento de Derecho público de la Facultad Derecho. Universidad de Cantabria, España, Avda. De los Castros s/n, 39005, Santander, España

 apazm.delacuesta@unican.es

Resumen

El actual concepto jurídico-penal de prostitución está muy lejos de adecuarse a las exigencias del principio de taxatividad. El propio Código penal lo utiliza en distintos sentidos y, en ocasiones, respecto de conductas muy cercanas, no lo utiliza. El sentido ordinario del término prostitución está imbuido de prejuicios ideológicos y de género. En este artículo se reclama su racionalización, para poner el acento en el consentimiento para disponer del propio cuerpo, con algunos requisitos: primero, que se adopte el mismo concepto de consentimiento -y de las causas que lo invalidan- para todos los supuestos en los que el propio cuerpo se vea implicado; segundo, que no sirva para ocultar agresiones sexuales; y, tercero, que no sirva para ocultar situaciones de explotación, servidumbre o esclavitud. Todas estas cuestiones deben revisarse en relación con las iniciativas legislativas en marcha y requiere una revisión sistemática de todo el Código penal.

Palabras clave: Prostitución; consentimiento; género; agresión sexual; prestación sexual.

Abstract

The current legal-criminal concept of prostitution does not adapt well to the requirements of the *principle of taxativity*. The Penal Code itself uses it in different senses and, sometimes, with respect to very close conduct, it does not use it. The ordinary meaning of “prostitution” is conditioned with ideological and gender prejudices. This article calls for its rationalization, to put emphasis on consent to dispose of one's own body, with some requirements: first, the same concept of consent - and the causes that invalidate it - must be adopted for all cases in which that the body itself is involved; second, that it does not serve to hide sexual assaults; and, third, that it does not serve to hide situations of exploitation, servitude or slavery. All these issues must be reviewed in relation to the legislative initiatives underway and require a systematic review of the entire Penal Code.

Keywords: Prostitution; consent; gender; sexual assault; crime.

² Investigación realizada en el Proyecto PID2022-138770OB-I00 “DERECHO PENAL Y DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA EN LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA (II)”, financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN: ENTRE LA PROHIBICIÓN DE LA PROSTITUCIÓN EN EL DECRETO FRANQUISTA DE MANCEBÍA Y EL SILENCIO NORMATIVO

Los avances tecnológicos, económicos y los cambios sociológicos obligan a abrir nuevos debates y reflexiones sobre el papel que ha de jugar el Derecho penal en una sociedad con nuevos retos y nuevos riesgos. Junto a ellos, viejos problemas cobran vigencia al ser analizados desde nuevas perspectivas y desde el respeto a los derechos humanos y a la dignidad de las personas³. Entre estos viejos problemas que reabren nuevos debates destaca el relacionado con el tratamiento penal de la prostitución, cuestión que, en la actualidad en España, está abierta a posturas diversas, a veces enfrentadas, que cuestionan la perspectiva vigente y buscan alternativas que permitan erradicar o disminuir una realidad social fruto, en gran medida, de la desigualdad social y de la discriminación.

También en este ámbito, la tecnología y las nuevas vías de comunicación y relación social han roto viejos horizontes y han hecho surgir nuevas formas de explotación con finalidades sexuales y contraprestación económica del cuerpo de las personas. Como en tantos otros supuestos, solo un esfuerzo de racionalización puede contribuir a aclarar el “campo de batalla” y a forjar soluciones eficientes que respeten a las personas con los mínimos efectos nocivos para las víctimas que se ven abocadas a participar en el negocio del comercio sexual.

En este contexto y con estos objetivos de racionalización, revisaremos, siquiera brevemente, el estado de la cuestión en España, siempre desde la certeza de que el Derecho penal no resuelve por sí solo los problemas sociales, sobre todo cuando estos están generados por la desigualdad económica y de oportunidades.

El debate sobre la prostitución en España, como tantas cuestiones relacionadas con los estereotipos de género, están siendo objeto de revisión crítica y apasionada; una revisión en la que juegan un importante papel dos aspectos que no deberían ser contradictorios, pero que, en más ocasiones de las convenientes, se presentan como enfrentados: el respeto de los derechos humanos y la validez del consentimiento sobre el propio cuerpo.

Una rápida revisión de la situación legal de la prostitución en España⁴ pone de relieve, primero, que sigue, al menos formalmente, vigente el Decreto-ley de 3 de marzo de 1956 (Decreto de Mancebía)⁵, *sobre abolición de centros de tolerancia y otras medidas relativas a la prostitución* que afirmaba expresamente en su art. 1 que “velando por la dignidad de la mujer y en interés de la moral social, se declara tráfico ilícito la prostitución”; y, segundo, el silencio del ordenamiento jurídico actual sobre el comercio del propio cuerpo para goce sexual de terceros.

En relación con la primera de las cuestiones, ciertamente surge la duda sobre la vigencia del Decreto-ley de 1956. La generalidad de la Doctrina lo considera implícitamente derogado tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 y lo cierto es que no se aplica,

³ En torno al concepto de dignidad de la persona y su significado jurídico, con bibliografía, puede verse TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica”, en *Revista española de derecho constitucional* (102) 2014, pp. 167-208.

⁴ Sobre la evolución histórica de la regulación penal de la prostitución en España, puede verse GARRIDO GUZMÁN, L., *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*, Madrid, 1992, pp. 39 ss.

⁵ Véase GAMERO CASADO, E., “La prostitución: aspectos jurídico-administrativos”, en *Teoría y Derecho* 17 (2015), pp. 40 ss.

si bien, la página web del Boletín Oficial del Estado no lo presenta como derogado⁶. De todas formas, una rápida lectura de la Exposición de Motivos, además de trasladarnos a otros momentos históricos y otros pensamientos jurídicos – que quisiera considerar superados-, debe hacer reflexionar acerca del recurso a la moral para justificar o legitimar la intervención penal⁷.

Así planteado, puede objetarse que hace ya tiempo que se viene defendiendo por la Doctrina penal la necesidad de excluir la moral del Código penal y, en este sentido, el Código penal democrático de 1995 supuso un incuestionable avance -aunque ya alguna ley anterior desde 1983 había adecuado el Código penal de la dictadura franquista al paradigma democrático. Sin embargo, no está de más incidir en la idea de poner límites a la moral para legitimar la intervención penal. Y ello por varias razones, pero, sobre todo porque, paradójicamente, aunque la moral cambie completamente de sentido o de fundamento, sigue siendo el argumento de nuevas prohibiciones de contenido prácticamente idéntico a las antiguas, si bien con fundamentaciones morales distintas, cuando no opuestas. Esto sucede, en ocasiones, en el discurso sobre la regulación penal del consentimiento a los efectos de disponer del propio cuerpo, problema en el que, en nuestra opinión, debe incardinarse la reflexión sobre el tratamiento jurídico-penal de la actividad sexual con contraprestación (pago); o sea, la prostitución.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, la del silencio normativo -excluido el decreto-ley de 1953 al que hemos hecho referencia en líneas anteriores- lo cierto es que no existe en España norma estatal alguna que defina, regule o se pronuncie sobre la prostitución –más allá de los delitos contenidos en el Código penal- aunque sí se puede encontrar alguna regulación de carácter local de la prostitución “libre” en locales o en la calle⁸.

Este silencio normativo afecta, sobre todo, a la definición legal de lo que ha de entenderse, en términos jurídicos, por “prostitución”, aunque, siendo, como dicen que es, la profesión más antigua del mundo⁹, esta cuestión de la definición podría parecer un problema menor. Sin embargo, lo cierto es que, precisamente, la determinación del contenido significativo del término “prostitución” se convierte, en nuestros días, en una cuestión trascendental, habida cuenta de que es un término cuyo significado se encuentra

⁶ Puede verse en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1956-4009> [citado: 15.01.2024].

⁷ Hasta el Decreto-ley de 3 de marzo de 1956, la prostitución había estado regulada y, por tanto, era admitida y reconocida como práctica existente, con límites, por supuesto. El denominado Decreto de Mancebía, altera el tratamiento y, con un lenguaje propio de una dictadura que se adscribía al catolicismo, se inicia afirmando: “la incontestable ilicitud de la prostitución ante la teología moral y ante el derecho natural, ha de tener reflejo obligado en el ordenamiento positivo de una nación cristiana”; concibe la prostitución como inmoral y a la mujer objeto de esta como necesitada de “regeneración, reeducación y readaptación a la sociedad”. Como consecuencia, declara “tráfico ilícito la prostitución” (art. 1); prohíbe las “mancebías y casas de tolerancia” (art. 2) y se ordena la reeducación de las mujeres y que se les proporcione, quieran o no, a instituciones para su “enmienda y regeneración” y se les procurará “trabajos normales propios de la condición de mujer”. Es decir, se prohíbe la prostitución y los lugares donde se ejerza. El Código penal, por su parte, tipificaba el proxenetismo (lucrarse con la prostitución ajena) y la prostitución forzada o impuesta (art. 431 CP 1944). Otra cosa era la realidad, por supuesto.

⁸ Más ampliamente, VILLACAMPA ESTIARTE, C., “A vueltas con la prostitución callejera: ¿hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave?” en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), *passim*. También GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y otras conductas relacionadas”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, 22-10 (2020), p. 9, especialmente nota 16.

⁹ Afirmación sobre cuya veracidad tengo serias dudas y sobre la que no hay indicios arqueológicos, al contrario de lo que sucede, por ejemplo, con la caza.

muy comprometido ideológicamente. Ante la ausencia de pronunciamiento positivo expreso, Doctrina y Jurisprudencia lo conciben como la prestación de servicios sexuales a cambio de una prestación de contenido económico o promesa de ella¹⁰; cuestión que, también pareciendo de una claridad meridiana, como sucede siempre en Derecho, no deja de presentar serios problemas interpretativos.

2. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO SIGNIFICATIVO DEL TÉRMINO "PROSTITUCIÓN" COMO PRESTACIÓN DE "SERVICIOS SEXUALES"

El núcleo central de la definición de prostitución ofrecida, el concepto de servicios sexuales dista mucho de tener unos límites precisos¹¹, pues, sobre todo como consecuencia de la aparición de las nuevas tecnologías de la información, podemos encontrar “servicios sexuales” que tienen muy poco o nada que ver con el uso del propio cuerpo para goce de tercero, como sería el caso de los teléfonos eróticos, entre otros muchos, que no deja de ser un “servicio sexual”. De modo que habría que delimitar perfectamente el término “servicio sexual” cuestión ni fácil ni baladí, habida cuenta de la capacidad imaginativa de la mente humana... cuando se aburre.

En segundo lugar, este servicio sexual de límites difusos debe realizarse a cambio de una contraprestación de contenido económico o similar. Este requisito, la contraprestación, tampoco presenta perfiles perfectamente definidos. Ciertamente que el Código penal español contiene tipos penales en los que se hace referencia expresa a contraprestaciones de contenido económico y existe una prolija y consolidada doctrina jurisprudencial y dogmática que los definen, en sentido muy amplio, por ejemplo, en el cohecho¹², para incluir cualquier dádiva, ofrecimiento o promesa que genere o pueda generar un beneficio evaluable en términos económicos. Sin embargo, como veremos más adelante, el Código penal español contiene otros preceptos en los que la prestación de servicios sexuales mediante contraprestación, cuando esta no es monetaria, al menos directa e inmediatamente, no se considera prostitución. Esto sucede en el art. 443 del Código penal¹³, que tipifica la “solicitud sexual” realizada por funcionario público.

Hemos dicho que la prostitución, según definición generalmente aceptada, consiste en la prestación de servicios sexuales a cambio de precio o contraprestación de carácter económico. Ello implica una especie de comercio, o tráfico, en palabras del Decreto-ley de 1953- en el que podría haber dos posibilidades: una persona solicita el servicio y ofrece un precio y otra acepta prestar el servicio y recibir el precio o una persona ofrece un servicio a cambio de un

¹⁰ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “prostitución” como “actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero”

¹¹ Véase, por todos, con bibliografía, CUGAT MAURI, M., “Prostitución y corrupción de menores e incapaces”, en *Tratado de Derecho penal español. Parte especial*. Tomo I, 2ª ed., de Álvarez García (Dir.), Valencia, 2011, pp. 675 ss. Más recientemente, GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y otras conductas relacionadas”, cit., pp. 12 ss.

¹² Véase, por todos, con bibliografía, SANCHEZ TOMÁS, J.M., “Cohecho”, en *Tratado de Derecho penal español. Parte especial*. Tomo III, *Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, de Álvarez García (Dir.), Valencia, 2013, pp. 398 ss.

¹³ Puede verse, con bibliografía, NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Solicitud sexual (arts. 443 y 444 CP)”, en *Tratado de Derecho penal español. Parte especial*. Tomo III, *Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, cit., pp. 699 ss.

precio y otra acepta el servicio y se compromete a pagar el precio -todo sea dicho en términos muy genéricos, pero bastante descriptivos. Pero si una forma de prostitución es solicitar un servicio a cambio de precio, no se entienden por qué cuando un funcionario público solicita un servicio sexual – lo que el art. 443 CP denomina “solicitar sexualmente a una persona”- no se trata como prostitución, sino como *negociación prohibida a los funcionarios públicos y, en su caso, abuso en el ejercicio de su función*¹⁴. En este supuesto, se realiza una “solicitud sexual” -o sea, una propuesta de prestación de servicios sexuales- a una tercera persona sobre la que *tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior*. Es decir, se solicita la prestación de un servicio sexual a cambio de una contraprestación que, directa o indirectamente, tiene un sentido económico. Ciertamente que en este caso no es necesario que se realice la prestación del servicio ni el pago, pero, a los efectos que nos interesan, esto también sería una especie de comercio sexual similar a la prostitución.

Sirva esta reflexión para resaltar que no siempre que se presta (o se solicita) un servicio sexual a cambio de una contraprestación se *designa* como prostitución en el Código penal, lo que invita a realizar dos conclusiones: primera, que el término prostitución no es preciso, y, segunda, que no son prostitución todos los supuestos de comercio sexual.

Ahora bien ¿por qué “en determinados casos” se excluye del concepto de prostitución de la prestación de servicios sexuales a cambio de una contraprestación?

3. PROSTITUCIÓN Y ESTEREOTIPOS

La prostitución aparece en el imaginario colectivo de la sociedad española actual vinculada con modelos de comportamiento reprochables y asociada a indudables estereotipos de género, según los cuales la persona que ejerce la prostitución es mujer (de escasos recursos y cultura y sector social marginal) y la persona receptora de los servicios sexuales y pagadora, es hombre¹⁵.

Más aún, las palabras que designan a las personas que ejercen la prostitución se formulan, genéricamente, en femenino, al contrario de lo que es la regla general en lengua castellana (española), en la que el masculino se utiliza con carácter general para designar todo tipo de actividades y palabras que pueden estar condicionadas por el género: carpintero, abogado o juez, pintor, maestro, ladrón, estafador o asesino, designan genéricamente a personas que realizan comportamientos o prestan profesiones y son de género masculino¹⁶.

¹⁴ El Capítulo IX del Título XIX (“Delitos contra la Administración Pública”) se intitula “De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función “. Nada que ver con la prostitución según se define de forma generalmente aceptada.

¹⁵ Análisis de estadísticas relacionadas con el ejercicio y consumo de prostitución pueden verse, entre otros, CRUZ MÁRQUEZ, B., “Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?, en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, de De la Cuesta Aguado et al (coord.), Valencia, 2018, p 1018 ss. También CRUZ MÁRQUEZ, B./ MALDONADO GUZMÁN, D., “La prostitución desde la perspectiva del control social: principales efectos socio-criminológicos”, en *Revista Española de Sociología*, 31(1), a96, (2022), pp. 1-10. Disponible en <https://doi.org/10.22325/fes/res.2022.96> [citado: 18.01.2023].

¹⁶ Más aún, uno de los actuales debates y uso de palabras con fines simbólicos en el ámbito público (y político), con el fin de expresar tácitamente planteamientos ideológicos e, incluso, políticos, actualmente en España consiste en a) designar en femenino los puestos de trabajo cuando son realizados por mujeres (profesoras, doctora, catedrática, carpintera, camionera, jueza...) o b) designar en masculino (como se ha hecho “toda la vida”) los puestos de trabajo aunque sean realizados por mujeres (por ejemplo, Giulietta es profesor; doctor; catedrático; carpintero, camionero, juez...). Sin embargo, cuando se habla, genéricamente de la persona que ejerce la prostitución, no se dice “prostituto”

Con este breve excurso queremos poner de manifiesto cómo, en el ideario colectivo, la prostitución se asocia con mujeres; mujeres pobres, procedentes de sectores sociales marginales, que utilizan el comercio como forma de subsistencia; mujeres altamente desvaloradas y discriminadas por “las personas de bien”, hasta el punto de que cualquiera de las palabras que designan a quien ejerce la prostitución es un ofensivo insulto (o designar como tal a la madre del insultado). Esta desvaloración social y moral no la recibe, sin embargo, quien paga por los servicios sexuales, aunque, ciertamente, en los últimos años se está incrementando el reproche social hacia tales personas, ni quien se presta a la prestación de servicios sexuales bajo contraprestación si no es “como forma de subsistencia” de mujeres -aunque la realidad nos muestra que no solo- sin recursos económicos y marginadas.

En definitiva, entonces, el término “prostitución” es un término ideológicamente comprometido y cargado de prejuicios y estereotipos de género, por lo que, salvo que se hagan precisiones específicas, en el imaginario colectivo, quien ejerce la prostitución es una mujer que procede de entornos sociales caracterizados por la pobreza y la marginación. Ahora bien, a pesar de ello, lo cierto es que el estereotipo de persona y relaciones que se vinculan al término prostituta/prostitución responde a una realidad social y a un modelo de relaciones que, efectivamente, tienen una enorme incidencia en el fenómeno de la prostitución: la sociedad heteropatriarcal.

Se trata de una sociedad que legitima el dominio (y su distribución) mediante la discriminación y asignación de roles distintos a mujeres y a hombres. Ello ha dado lugar a que las mujeres, histórica y actualmente, se encuentran en una posición de inferioridad económica, cultural y de oportunidades que genera vulnerabilidad social. Pues bien, a estas relaciones de género con distintos roles y distinta caracterización social entre hombre y mujer, apela el término prostitución/prostituta en el imaginario colectivo, aunque, como toda generalización, se trata de un dibujo de trazo grueso que puede dejar fuera supuestos específicos.

La vinculación de la prostitución –no solo del término- con la discriminación por razón de género no es solo una cuestión terminológica, sino que se extiende al propio ejercicio de la misma, como reconocía la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014, *sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género -2013/2103 (INI)* cuando afirmaba que “la prostitución y la prostitución forzada [...] constituyen violaciones de la dignidad humana contrarios a los principios de los derechos humanos, entre ellos la igualdad de género”¹⁷; lo que no deja de ser mayoritariamente cierto, en la medida en que porcentualmente predominan las mujeres como sujetos objeto del comercio sexual (entre las que se debe nombrar e incluir a mujeres trans, colectivo fuertemente afectado por la discriminación que fuerza a la prostitución), aunque no solo.

Pero, además, el concepto de prostitución va soterradamente ligado a la cuestión de la libertad para disponer del propio cuerpo.

sino “prostituta” (en femenino) y cuando se designa a quien obtiene beneficio de la explotación sexual ajena no se dice “la proxeneta” sino “el proxeneta”-y, de hecho, el Diccionario de la RAE pone en masculino en la voz “proxeneta” a todos los sinónimos.

¹⁷ Si bien, como pone de manifiesto GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y otras conductas relacionadas”, cit., p. 6, “no va más allá de su valor como declaración política”. Más recientemente, incide en esta idea la y la más reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2023, sobre la regulación de la prostitución en la Unión: repercusiones transfronterizas e impacto en la igualdad de género y los derechos de las mujeres (2022/2139(INI)).

Es propio de la cultura cristiana de la que deriva históricamente la actual sociedad europea, en general, y española en particular, la prohibición de disponer del propio cuerpo y de la propia vida, derivada de una concepción moral-religiosa según la cual solo la divinidad puede decidir acerca de la vida y la salud de un hombre -siempre que su comportamiento sea hetero-normativo- o de la vida y la salud de una mujer, aunque, estas tampoco podían decidir sobre su sexualidad o capacidad de procreación, cuestiones sobre las que, tradicionalmente, solo podía decidir un hombre (su cónyuge, padre, hermano...)-. Más recientemente, el Estado ha sustituido a la divinidad en la asunción de tales atribuciones, de forma que *laicamente* ha seguido reproduciendo la cosmovisión heredada y solo de unos pocos años a esta parte en España se está abriendo el debate sobre la (in)disponibilidad sobre la propia vida¹⁸ y el propio cuerpo, así como sobre el consentimiento en materia sexual¹⁹.

No puede negarse que quien está condicionado y limitado por fuertes carencias económicas u otras razones que inciden en las oportunidades de desarrollo vital, no puede decidir con libertad. De hecho, la cuestión de la libertad de actuación no puede desvincularse de la capacidad de actuación (*poder hacer*) y esta está estrechamente condicionada por las oportunidades y, por tanto, por la igualdad²⁰; cuestión que no puede obviarse a la hora de pronunciarse sobre los requisitos del consentimiento válido a efectos penales. Ahora bien, trasladar el debate sobre la prostitución a la cuestión sobre la validez del consentimiento tiene la ventaja de que abandona ámbitos que pueden estar ideológicamente saturados, aunque, de nuevo, la desigualdad, la falta de recursos y la discriminación han de ser tomadas en consideración.

Resta una última cuestión que es preciso retomar: ¿por qué para el Código penal español la prestación de servicios sexuales con contraprestación no es siempre prostitución? La razón hay que buscarla, de nuevo, en estereotipos y viejas ideologías -y, también, viejas formas de sanción penal-. Esta distinción entre prestación de servicios sexuales que no son prostitución y prestación de servicios sexuales que sí son prostitución depende de la valoración moral que hace el Código penal respecto de las personas -mujeres, por supuesto- que prestan el servicio. Así, si la prestación de servicios sexuales se hace como forma de vida, la persona será prostituta -cuando lo presta un hombre se le denomina de otra forma- y, entonces, estaremos ante un supuesto de prostitución; pero, si quien presta el servicio tiene otra forma de vida, entonces, no será prostituta -no recaerá sobre ella el arcaico reproche moral- y la conducta

¹⁸ Así, en el ordenamiento jurídico español son muy recientes tanto la ley que aborda la disponibilidad sobre el momento de la propia muerte (la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, *de regulación de la eutanasia*) como la ley que reformula los delitos sexuales para acabar con históricas discriminaciones que privilegiaban a los agresores con mayor poder sobre las víctimas, centrando el debate sobre la intervención sexual en la concurrencia o no de un consentimiento válido del sujeto pasivo y víctima (LO 10/2022, de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual*). En torno a esta última cuestión, también en Europa hay un debate abierto, como se ha puesto de manifiesto

¹⁹ Lo que no siempre tiene como finalidad ampliar el reconocimiento de eficacia al consentimiento, como puso de manifiesto la reforma de Código penal español operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que redujo.

²⁰ En otro contexto, el de la eutanasia, el Tribunal Constitucional, en la reciente sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo. Según esta sentencia, *la libertad individual para la adopción y puesta en práctica autónoma de decisiones personales privadas e íntimas de profunda relevancia vital goza prima facie de protección a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, configurados expresamente en la Constitución como «fundamentos del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE), y de los derechos fundamentales íntimamente vinculados a dichos principios, de entre los que cobra particular relevancia el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).*

o no será delictiva o será típica a efectos de otras modalidades delictivas, por ejemplo, el ya citado delito de solicitación sexual del art. 443 del Código penal español.

Es, por tanto, la idea de prostitución como “modo de vida” lo que subyace al concepto de prostitución; modo de vida como objeto de sanción penal que nos remite a las viejas ideas de la peligrosidad y sus terroríficos efectos en el Derecho penal. En España, la idea de que lo que determina el significado del término prostitución es la forma de vida nos remite a las viejas leyes del siglo XX de peligrosidad y rehabilitación social, que sancionaban formas de vida “moralmente reprobables”, entre otras previas, la Ley 16/1970, de 4 de agosto, *sobre peligrosidad y rehabilitación social*, que sancionaba como “peligroso” a quien ejerciera de forma habitual la prostitución –entre otros lamentables y gravemente discriminatorios supuestos-. De modo que, también por esta vía vuelve a ponerse de manifiesto cómo, a pesar de la aparente objetividad del término *prostitución*, es un término que oculta peligrosos y ocultos prejuicios.

Por todo ello, como ya se adelantó, es preciso centrar el debate renunciando a la ambigüedad propia de la moral y de los prejuicios derivados de estereotipos ideológicamente contruidos, para centrarnos en expresiones descriptivas que permitan delimitar correctamente el ámbito de lo prohibido y, en consecuencia, de la intervención penal y de lo punible. En cualquier caso, también es importante reconocer que los términos jurídicos (abolición, prohibición, etc.) tienen un significado muy concreto y que una reflexión o argumento que utilice tales términos, por ejemplo, en el ámbito filosófico, no debe abstraerse de tal significado, salvo que el objetivo sea impedir una correcta comunicación.

4. TRÁFICO DE PERSONAS (DELITOS DE TRATA), TRAFICO DE SERVICIOS (SEXUALES), EXPLOTACIÓN SEXUAL Y EXPLOTACIÓN LABORAL

En esta búsqueda de expresiones descriptivas, no valorativas o normativo-ideológicas, que permitan una correcta delimitación de las conductas objeto de referencia, es preciso detenerse también, siquiera brevemente, para poner de manifiesto que el concepto de prostitución se confunde -en cuanto a su significado- con el de tráfico de servicios sexuales, explotación sexual e, incluso, explotación laboral.

Así, ya el Decreto de Mancebía contenía continuas identificaciones entre prostitución y tráfico y el Código penal español actual utiliza indistintamente expresiones como: “situación de prostitución” (187 CP); “estado de prostitución” (art. 189.6 CP); “explotación de la prostitución” (187 CP); o “facilitar la prostitución de un menor” (art. 188 CP). Esto significa que, para el Código penal, prostitución es tanto un estado²¹ como una actividad que genera lucro (forma de tráfico o comercio).

El Código penal español, asimismo, distingue entre delitos de tráfico de personas (trata)²², delitos relacionados con la prostitución y delitos de agresiones sexuales. Todos ellos pueden entrar en concurso, pero los tres grupos de delitos tienen características que los hacen muy cercanos²³. Además, el Tribunal Supremo ha condenado como delitos de tráfico ilegal de

²¹ Recuérdese la idea ya esbozada de que prostitución hace referencia a una forma de vida.

²² Pueden verse, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Cizur Menor, 2011, *passim*; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Valencia, 2013, especialmente, 129 ss.

²³ Críticamente, sobre la vinculación e, incluso, confusión, de los conceptos de trata y prostitución, puede verse POMARES CINTAS, E., “La prostitución, rehén histórico de la trata de personas: la conformación política de una nueva

trabajadores o de imposiciones ilegales de trabajo (delito de explotación laboral) a proxenetas que explotaban a personas (mujeres) lucrándose de los servicios sexuales que prestaban en condiciones *laborales* que no se ajustaban, ni de lejos, a la regulación de las condiciones de *trabajo* impuestas por la legislación laboral²⁴.

Pero conviene señalar que tanto los delitos relativos a la prostitución como los delitos relacionados con el tráfico de personas -cualquiera que sea la finalidad- reúnen características típicas propias de “delitos de tráfico” –entre otras, dificultad para identificar el bien jurídico protegido; extensión de la autoría a supuestos de participación; o tipificación como delito consumado de lo que serían meros actos preparatorios-, lo que los acerca singularmente a los delitos económicos²⁵.

5. TRATAMIENTO PENAL DE LA PROSTITUCIÓN EN ESPAÑA

Como regla general, el Código penal español diferencia el tratamiento punitivo de las conductas relacionadas con la prostitución -término que, como hemos visto, utiliza abiertamente- según que el sujeto pasivo sea mayor o menor de edad.

5.1 Prostitución de mayores de edad

En cuanto a la tipificación de los delitos relacionados con las personas mayores de edad, la regulación penal en España se construye sobre el paradigma de la disponibilidad del propio cuerpo –de la libertad sexual, indica la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria²⁶; o, lo que es lo mismo, de la libertad para el ejercicio de la prostitución, siempre que sea realizada en condiciones compatibles con el reconocimiento de validez al consentimiento emitido -cuestión que, desde luego también, está muy lejos de ser pacífica en la Doctrina o en el debate social, como ya hemos adelantado-. Esto significa que, cuando se trata de personas mayores de edad, la prestación de servicios sexuales de forma voluntaria bajo contraprestación es impune, tanto para quien los ofrece como para el cliente o para quien alquila el local (tercería locativa). Tal impunidad decae respecto del proxenetismo²⁷ incluso con consentimiento de la víctima²⁸

victimización de mujeres”, en *Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*, de Carrasco Andrino (Dir.), Valencia, 2020, pp. 118 ss.

²⁴ Más ampliamente, puede verse DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud”, en *Revista de Derecho social*, 41/2008, pp. 75-93. Llama la atención que se designe como trabajo la prostitución, por dos razones: primero, porque, como ya hemos dicho, se califica prostitución la prestación de servicios sexuales cuando es un “forma de vida” –o sea, cuando la persona prostituida tiene como principal fuente de ingresos la prestación de servicios sexuales; y, segundo, porque se considera, en general, algo digno y necesario que las personas trabajen –el “trabajo” es algo digno y valorado-, lo que no sucede cuando el trabajo es la prestación de servicios sexuales.

²⁵ Sobre estas cuestiones más ampliamente DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Delitos de tráfico de personas, objetos y mercancías*, Valencia, 2014.

²⁶ O la autodeterminación en materia de libertad sexual (así, con alguna jurisprudencia GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y otras conductas relacionadas”, *cit.*, p. 5); cuestión que, por cierto, quizá debería ser sometida también a revisión crítica, pues, en relación con el ejercicio de la prostitución quizá sea más un problema de capacidad o “libertad para disponer del propio cuerpo” que de libertad sexual, sin perjuicio de que esta también esté implicada.

²⁷ Dice el art. 187.1 segundo párrafo: [...] a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de esta [...]. Vid. ut supra nota 24.

(lo que sin duda es un acercamiento de la prostitución a la idea de explotación²⁹), pero que ha sido interpretado de forma restrictiva por la Jurisprudencia³⁰.

Así, la intervención penal se construye sobre el consentimiento válido³¹, de modo que, cuando no concurre, la conducta de quienes se lucran con el ejercicio de la prostitución de terceros será punible. Nunca lo será, sin embargo, como “delito relativo a la prostitución” la conducta de quien “presta el servicio sexual” o del “cliente”. La cuestión central, entonces, como en tantos otros supuestos tan conflictivos actualmente en el ámbito penal, es el consentimiento y los requisitos para que sea considerado válido. No podemos entrar en esta cuestión en este momento, pero sí es necesario, siquiera, una breve reflexión para poner de manifiesto dos cuestiones esenciales. La primera, relacionada con los requisitos del consentimiento válido. Esta cuestión es objeto de debate en España y Europa, en estos momentos, aunque la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual* ha extendido las causas de invalidez del consentimiento en este ámbito (libertad sexual) en España, no sin duras resistencias³². En cualquier caso, es generalmente admitido que la violencia y la intimidación excluyen el consentimiento; en algunos delitos el engaño invalida el consentimiento y, en otros también lo hace el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima o el aprovechamiento de la pérdida de conciencia.

El art. 187 CP, que sanciona a quien determina a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución, acoge como causa que anula el consentimiento, todas estas causas (violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de necesidad, superioridad o vulnerabilidad) pese a la dudosa redacción, que parece que hace compatible la concurrencia de consentimiento con la vulnerabilidad “personal o económica”.

Ahora bien, el tratamiento que a estas conductas les otorga la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es más compleja. Así, en algunos supuestos que serían típicos a efectos de este art. 187 CP, el Tribunal Supremo ha considerado que la explotación de la persona imponiéndole la prestación de servicios sexuales con fines de lucro puede considerarse como relación laboral a efectos penales, de modo que, en casos de explotación grave de personas sometidas

²⁸ Puede verse, en sentido crítico, CARUSO FONTÁN, V., “Sobre la criminalización de las actividades relacionadas con la prostitución consentida”, en *Revista de Derecho y proceso penal*, (25) 2011, pp. 33 ss.

²⁹ De hecho, la Doctrina ya había advertido de que la tipificación de la prostitución relacionándola con la violencia o intimidación ocultaba la explotación que padecía la persona prostituida. Así, por ejemplo, MAQUEDA ABREU, M.L., *Prostitución, feminismos y Derecho penal*, Granada, 2009, pp. 61 s. Recientemente incide en esta idea GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y otras conductas relacionadas”, cit., p.12.

³⁰ “Estamos en realidad ante un cuerpo extraño entre los delitos sexuales desde el momento en que la acción de lucrarse explotando la prostitución ajena no es ni determinantes de la prostitución libre ni contribuye causalmente a la prostitución coactiva”, en palabras de GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y otras conductas relacionadas”, cit., p.27.

³¹ Ex art. 187 CP: 1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución...

³² Acerca de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual*, puede verse GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal” en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. 43 (2023), pp. 1-47. Disponible en <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8930/13019> [citado:18.01.2024].

a prostitución ha condenado por delito de explotación laboral (por no dar de alta, exigir condiciones de trabajo ilegales, etc.), detenciones ilegales, en ocasiones por delitos de agresión sexual y también, según los casos, por delito de tráfico ilegal de trabajadores. Ahora bien, a la vista de la gravedad de los supuestos en los que se han aplicado estas modalidades delictivas –personas extranjeras, a quienes se privaba de documentación, con amenazas, privación de libertad, etc.- si la prostitución se considera, a efectos penales, como un trabajo y la relación con la persona prostituida de quienes le fuerzan a la prostitución, es de explotación, habría que preguntarse si realmente no estaremos ante auténticos supuestos de explotación de personas e, incluso, de esclavitud, tal y como ya hemos venimos denunciando desde hace años³³.

5.2. Prostitución de menores de edad

El Código penal español no tipifica la conducta del menor que se prostituye, aunque, en este caso, cualquier persona que intervenga, favorezca o se lucre de la prostitución del menor responde penalmente. Así, son punibles la conducta del cliente, la tercería, en todo caso, cualquier forma de inducción, colaboración o facilitación y, por supuesto, el proxenetismo.

6. EL DEBATE ABIERTO SOBRE LA PUNICIÓN DE LA PROSTITUCIÓN EN ESPAÑA

En este panorama legislativo y jurisprudencial, actualmente en España -y en Europa- está floreciendo un abierto debate, no siempre pacífico o respetuoso- sobre la intensidad de la intervención estatal mediante la pena en las conductas relacionadas con el ejercicio de la prostitución³⁴. Las posturas pueden aglutinarse en torno a dos posiciones: el regulacionismo y el prohibicionismo -autodenominado también “abolicionismo” o “neo-abolicionismo”, terminología que prefiero no utilizar en esta reflexión porque también está “emocionalmente cargada”, en la medida en que remite o trata de equipararse a la lucha por la supresión de la esclavitud, lo que posiciona de forma inconsciente al oyente (o lector) y porque es excesivamente poco precisa en términos jurídico-penales³⁵.

6.1. Regulacionismo

El discurso regulacionista adopta, como núcleo central de su argumentario, el reconocimiento de la libertad de la persona para disponer del propio cuerpo y, en consecuencia, acepta como acorde al ordenamiento jurídico la prestación de servicios sexuales a cambio de contraprestación, de forma habitual -o profesional- cuando la persona que adopta la decisión de ejercer la prostitución lo hace de forma libre; es decir, emite libremente un consentimiento al que se reconoce como válido. En consecuencia, y sin entrar

³³ Véase DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud”, cit., pp. 75 ss.

³⁴ Puede verse TAMARIT SUMALLA, J., “Prostitución: regulación, prevención y desvictimización”, en *Prostitución ¿Hacia la legalización?*, de Villacampa Estiarte (coord.), Valencia 2012, pp. 271 ss.

³⁵ Entre otras muchas aportaciones, sobre este debate puede verse LLOBET ANGLÍ, M., “¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de lege lata y desaciertos de lege ferenda”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (19) 2017, pp. 5 ss.

en este punto en la compleja cuestión de los requisitos para que se reconozca validez al consentimiento y de las causas que lo excluyen, la *libre* prestación de servicios sexuales debería ser impune y también debería serlo cualquier forma de participación.

Derivado de lo anterior, la prestación de servicios sexuales habría de ser tratada como un trabajo remunerado, permitiendo la incorporación de quienes lo ejerzan a los sistemas de seguridad social y siendo reconocido por parte del Estado como actividad legal; reconocimiento que no ha de ser entendido como aprecio, sino como aceptación explícita de su existencia.

Desde esta postura, más o menos explícitamente, se distingue entre la prostitución y el problema social que subyace a la prostitución y que *¿en muchas ocasiones?* condiciona a quien la ejerce. Así planteado, y desde los estudios que ponen de manifiesto que entre las posibles ventajas que la intervención penal comporta, no está la de resolver los problemas sociales (sobre todo cuanto estos son fruto de la desigualdad de oportunidades) se constata la incapacidad del Derecho penal para acabar con el problema social que subyace a la prostitución por la vía penal³⁶.

En contra de una intervención penal más amplia que la actual que tipificase cualquier forma de participación – y, básicamente, al cliente, proxenetismo, rufianismo y tercería locativa- se suele argumentar que la penalización generaría un mercado negro muy peligroso para las víctimas de explotación -quienes no prestan los servicios sexuales de forma libre-. Ciertamente, la historia de la utilización del Derecho penal para reprimir conductas consentidas (*dadas las circunstancias...*) y a las que una parte de la sociedad no está dispuesta a renunciar -alcohol, drogas, etc.- muestra el escaso éxito del Derecho penal, así como que la intervención penal favorece el desarrollo de redes delictivas que crecen al amparo de la prohibición, a la vez que dificulta enormemente el acceso de los medios de asistencia social a quienes ejercen la prostitución forzada o en condiciones inhumanas.

6.2. Prohibicionismo

Por su parte, los elementos centrales del prohibicionismo parten de la tradicional postura de la indisponibilidad sobre el propio cuerpo, de forma que, por considerarse moralmente reprochable la prostitución -cualesquiera que sean los principios de los que se parta- se niega que el consentimiento, siquiera válido, sea suficiente para que la conducta no merezca reproche penal.

Esta postura, por tanto, a diferencia de la anterior, niega validez, en todo caso, al consentimiento prestado por la persona que presta los servicios sexuales. Las razones que se alegan son variadas, muchas de ellas morales o religiosas, pero también las hay que abandonan el ámbito de la subjetividad moral para centrarse en datos objetivos. Así, desde esta perspectiva no moralizante que es la que procede adoptar en un Estado democrático de Derecho que reconoce la separación de poderes en cualquier reflexión de Política criminal, se afirma que, dado el contenido de la prestación³⁷, es la vulnerabilidad o ausencia de otras opciones sociales válidas lo que fuerza a una persona a someterse a prostitución, por lo que el consentimiento no puede ser válido en ningún caso.

³⁶ Así, con bibliografía, BOZA MORENO, E., “La prostitución en España: el limbo de la alegalidad”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019). Disponible en <https://doi.org/10.15304/epc.39.5330> [citado:18.04,2024].

³⁷ Que no es otro que el uso por terceros del propio cuerpo para disfrute ajeno.

Esta opción, en los planteamientos más actuales, se relaciona con la defensa de la igualdad de género y la denuncia de la existencia de roles y estereotipos discriminadores que perjudican a las mujeres y que estarían en la base de la prostitución. Ahora bien, como hemos dicho, también otras opciones morales llegan a idéntica conclusión de negar validez al consentimiento para el ejercicio de la prostitución y, en consecuencia, a afirmar la indisponibilidad sobre el propio cuerpo. De hecho, como hemos adelantado, el prohibicionismo del estado autoritario franquista adoptaba esta postura por considerar la prostitución inmoral, lo que no puede desconectarse del principio de indisponibilidad sobre la propia vida y el propio cuerpo plenamente vigente en aquellos momentos³⁸.

En cualquier caso, que desde posturas ideológicamente dispares se llegue a idéntico resultado punitivo no es argumento que obligue a rechazar unas y otras, pero quizá sí, al menos, debe hacer reflexionar sobre las consecuencias de la intervención penal.

6.3. Consentimiento y disponibilidad sobre el propio cuerpo

En consecuencia, cualesquiera que sean las posturas –prohibicionismo o regulacionismo– o las razones en que se fundamenten, la cuestión central –en términos jurídico-penales– no es otra que la de la eficacia del consentimiento para disponer del propio cuerpo.

La negativa a reconocer validez al consentimiento, en todo caso, entra de lleno, queramos o no, en un debate que excede el ámbito de la prostitución y que se ha visto seriamente afectado por los avances en tecnologías médicas –entre otros–, donde, de forma más o menos abierta, se otorga validez al consentimiento en unos casos y no en otros, sin que los criterios para ello hayan sido expuestos de manera indubitada. La decisión acerca de en qué supuestos el consentimiento es válido –en abstracto, sin entrar en circunstancias personales concretas u otros argumentos utilitarios– habría de ser única y con pretensión de validez general y afectaría, entre otros, a supuestos de cirugía físicamente no sanadora, trasplante de órganos, maternidad subrogada, autoconsumo de sustancias perjudiciales para la salud, aborto o eutanasia. En definitiva, la decisión sobre los requisitos del consentimiento válido a efectos penales para disponer del propio cuerpo trasciende el ámbito de la prostitución, debe hacerse con criterios comunes para todos los supuestos y necesita de coordinación y consenso en el ámbito internacional, para evitar el fenómeno del *fórum shopping* o la aparición de *paraísos legales*.

6. 4. Otras consideraciones de política criminal

En cualquier caso, la prohibición expresa de cualquier forma de prestación de servicios sexuales presenta serias dificultades técnicas a la hora de tipificar las conductas prohibidas y aquí hay que volver a la cuestión con la que abrimos este debate: la necesaria delimitación del concepto de prostitución.

Y junto a ello, en el debate sobre la conveniencia de regular o prohibir el ejercicio de la prostitución se alegan razones utilitarias derivadas de los efectos sociales del uso del Derecho penal, en general, y de la intervención punitiva en este ámbito, en particular. Así, por un lado, los defensores de la prohibición tratan de fundamentarla en la obtención de beneficios sociales para la víctimas de la prostitución –al prohibir la prostitución no habría personas,

³⁸ El Código penal español de 1995 abandona las posturas prohibicionistas propias del sistema autoritario anterior amparadas por el Decreto de Mancebía y la Ley 16/1970 de 4 de agosto sobre peligrosidad y rehabilitación social.

la mayoría mujeres, que estuvieran sometidas a la misma-, aunque, estos argumentos son recibidos con un cierto escepticismo por penalistas que no creen que el Derecho penal sirva para resolver los problemas sociales de pobreza, desigualdad, falta de oportunidades y discriminación que subyacen a la mayoría de los supuestos de personas sometidas a prostitución, pero que temen que se propicie una extensión desmesurada de la intervención penal.

Por otro lado, se advierte de los riesgos que acompañan a las regulaciones que prohíben el ejercicio de actividades en contra de la voluntad de quienes pretenden ejercerlas o beneficiarse de ellas y que podría tener el indeseado efecto de endurecer y perjudicar las condiciones de vida de quienes sigan ejerciendo la prostitución pese a la tipificación de las conductas de terceros relacionados con la misma –clientes, proxenetas, etc.-.

7. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

El debate sobre la reforma de la intervención penal en relación con el ejercicio de la prostitución en España se enmarca en la necesaria racionalización del actual sistema de Derecho penal para hacer frente a las nuevas formas de relaciones sociales propias de la sociedad actual. En este sentido, es necesario también racionalizar el debate acerca del contenido, legitimación y límites de la intervención penal en relación con la prostitución.

El primer paso en la racionalización del debate, al menos en términos jurídico-penales, ha de centrarse en la utilización de términos expresivos y descriptivos que enuncien sin implicaciones emocionales o ideológicas los hechos objeto de debate. Y es que, precisamente, en este ámbito, los términos son deudores de (des)valoraciones y estereotipos propios de otros modelos sociales menos igualitarios y menos respetuosos con las personas y más proclives al establecimiento de estatutos jurídicos y roles diversos en función de la capacidad económica y del género. La necesaria revisión terminológica exige, por tanto, una revisión y abandono, en algunos casos, de conceptos heredados cuya sola enunciación ya es insultante; pero también es necesaria porque lo es la adaptación del Derecho penal a la sociedad actual, a sus posibilidades tecnológicas y a las nuevas formas de discriminación y de desigualdad -junto a las que también se mantienen otras no tan nuevas. Esta racionalización terminológica no es solo necesaria para entender, afrontar y resolver los problemas derivados de la existencia de prostitución, sino que también lo es porque, parafraseando a AUSTIN, *las palabras hacen cosas*³⁹ y debe cesar el uso de términos que retrotraen a otras sociedades y que mantienen la discriminación y la marginación.

Pero este esfuerzo de racionalización no debe hacerse de forma descoordinada, sino que es necesario establecer unos criterios uniformes en el seno del ordenamiento jurídico penal y, sobre todo, no debe hacerse sin aislar las cuestiones jurídico-penalmente relevantes. En este sentido, el núcleo central de la decisión ha de versar sobre los requisitos acerca de la validez del consentimiento sobre el propio cuerpo, en cuyo caso la decisión legislativa acerca de la regulación penal de la prostitución no debe regirse por parámetros distintos a aquellos otros supuestos en los que el problema de la validez del consentimiento es también la cuestión fundamental.

En este sentido, se hace preciso resolver, con carácter general los criterios para otorgar validez al consentimiento para disponer del propio cuerpo. Lo cierto es que este es también un problema cuajado de prejuicios, pero, hoy en día, no cabe negar que, en ciertos supuestos,

³⁹ AUSTIN, J.L., *How to Do Things with Words*, Cambridge (USA), 1962, *passim*.

cabe disponer del propio cuerpo -en algunos supuestos para ceder órganos o “elementos corporales”-.

Ahora bien, en la ardua tarea de intentar definir, con carácter general, los criterios para otorgar validez al consentimiento, es necesario asumir el reconocimiento pleno de todas las personas como sujetos de Derechos en iguales condiciones, lo que implica, sin duda, un igual estatuto jurídico para la mujer que para los hombres y expulsar estereotipos discriminatorios por razón de género del ordenamiento jurídico.

Pues bien, en este empeño, la cuestión central consistirá, primero, en decidir con carácter general la incidencia en la validez del consentimiento de circunstancias como la vulnerabilidad o el engaño; y, segundo, delimitar los límites de ambos conceptos, siendo conscientes de que no reconocer la vulnerabilidad como causa de exclusión de la validez del consentimiento comporta un peligroso privilegio del victimario poderoso sobre la víctima y que el mero hecho de reconocerlo no significa que se acabe con la vulnerabilidad sino que, en ocasiones, incluso será contraproducente –o sea, que intervenir penalmente para sancionar el abuso de la vulnerabilidad ajena, si no hay alternativas sociales para acabar con dicha vulnerabilidad, puede incrementarla y perjudicar abiertamente a la víctima.

8. PROPUESTAS LEGISLATIVAS:

8.1. Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para prohibir el proxenetismo en todas sus formas

La Proposición de Ley Orgánica 122/000077 de 5 de abril de 2024⁴⁰ propone modificar el art. 187 CP, relativo a la prostitución de mayores de 18 años, para incluir el proxenetismo, entendido como *promover, favorecer o facilitar la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento y con ánimo de lucro*. Se abandona así la exigencia de que el acto de favorecimiento constituya “explotación”; de modo que, cualquier conducta que favorezca (acto preparatorio) el ejercicio de la prostitución ajena sería típico si concurre un elemento subjetivo del injusto (con sus dificultades probatorias) que sería el ánimo de lucro. En definitiva, se relajan los requisitos para la tipicidad: la conducta ya no debe tener una entidad tan importante como para ser calificada de *explotación* ni tiene que haber originado un lucro efectivo; basta cualquier acto de favorecimiento con ánimo de lucro. Esta redacción nos remite a la voluntad de prohibir e intervenir penalmente un determinado “mercado”, en términos muy similares a los demás delitos de tráfico, por ejemplo, el tráfico de drogas. Además, la Proposición de Ley propone incrementar la pena a quienes actúen con violencia, intimidación, engaño o abuso de vulnerabilidad -es decir, sin consentimiento válido- y a los jefes de las organizaciones criminales (de forma similar a como lo hace el art. 369 bis CP en relación con el tráfico de drogas). Entre las novedades que sugiere la Proposición de ley, me gustaría detenerme, por tener incidencia a los efectos que ahora nos interesan, en el nuevo art. 187.3.c⁴¹, que reproduce el actual art. 187.2 c., con una “coletilla” final: “incluida

⁴⁰ Puede verse en https://www.congreso.es/es/proposiciones-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XV&_iniciativas_id=122%2F000077 [citado:22 de abril de 2024].

⁴¹ “c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima, incluida la salud sexual o reproductiva” (en cursiva la modificación que se sugiere).

la salud sexual y reproductiva”, conceptos ciertamente amplios y quizá, ya incluidos en el concepto penal de “salud física” según doctrina y jurisprudencia. No se incluye, sin embargo, referencia expresa a la salud psíquica (o lesiones psíquicas) derivadas de las agresiones sexuales a las que el precepto remite. Y hubiera sido, quizá, interesante incorporar esta mención, habida cuenta de la restrictiva interpretación que realiza nuestro Tribunal Supremo -posición consolidada tras la STS de 8 de abril de 2024- según la cual solo serán constitutivos de un delito de lesiones los daños psíquicos derivados de un delito de agresiones sexuales que “adquieran una magnitud desproporcionada con respecto a las que haya sido tomada por el legislador para sanciona el acto contra la libertad sexual”. El comentario a esta doctrina merece su propia reflexión, pero, en este momento, baste la reseña. Más positivamente ha de valorarse la introducción de la Disposición Adicional única que reconoce como víctima a las personas que han prestado los servicios sexuales, aunque, esta cuestión, no deja de depender también del significado de “prostitución”.

En definitiva, esta Proposición de ley amplía el ámbito de intervención penal a cualquier conducta de participación en el mercado de las prestaciones sexuales, sin definir qué entiende por prostitución y manteniendo los problemas interpretativos a que hacíamos referencia en páginas previas, a la vez que refuerza la vinculación de los delitos relativos a la prostitución con delitos de agresiones sexuales.

Y es que, quizá, aquí esté la clave: si la prostitución consiste en la prestación de servicios sexuales, cuando el consentimiento no sea válido ¿no estaríamos directamente y siempre ante delitos de agresiones sexuales? Y, entonces, ¿es necesario mantener tipos autónomos basados en un concepto ideológicamente construido, que niega a las personas capacidad de disponer de su propio cuerpo y que podría atentar contra el principio de tipicidad, cuando podríamos construirlos como delitos contra la libertad sexual?⁴².

8.2. Propuesta alternativa: el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos (2022)

El reconocimiento de la validez del consentimiento libre, sin vicio, exige distinguir, dentro del amplísimo término *prostitución* dos realidades: aquellas no condicionadas por la necesidad, la vulnerabilidad o el engaño -ciertamente y con mucho, las menores- y aquellas otras sí condicionadas por estas circunstancias y en las que la emisión de voluntad puede ser cuestionada. Ahora bien, si lo que determina la intervención penal es el consentimiento y su validez depende de las condiciones en las que se emita (entre otras, la vulnerabilidad), será necesario utilizar términos lingüísticos que pongan el foco en el contenido esencial de objeto de reproche penal, que es, no tanto el acto de comercio sexual, sino la explotación a que se somete al sujeto pasivo objeto del comercio sexual.

Es decir, es la situación de vulnerabilidad, ignorancia forzada (por el engaño) o necesidad, la que permitirá legitimar y justificar la intervención penal en relación con las conductas de terceros que participan en el tráfico de servicios sexuales; lo que exige centrar el foco, además de en la agresión sexual, en la explotación que padece quien presta servicios sexuales en circunstancias que invalidan su consentimiento.

Creo que es importante incidir en este aspecto del problema y poner de manifiesto que es, precisamente, la explotación a que se somete a la persona cuando se comercia con

⁴² Esto ayudaría también a entender la agravante de “poner en peligro la salud de la víctima” y su aplicación cuando se generen lesiones por la agresión sexual.

su cuerpo lo que atenta contra la dignidad de la persona; concepto que la Constitución española sitúa como eje de la convivencia democrática en su art.10. En esta línea, hay que valorar positivamente el esfuerzo realizado por el Anteproyecto de Ley Orgánica *integral contra la trata y la explotación de seres humanos*⁴³, que vincula la respuesta penal frente a la prostitución con la explotación humana, en un intento de ofrecer un tratamiento integral y coordinado a todas las posibles formas de explotación de personas⁴⁴, a la vez que intenta también romper con prejuicios y estereotipos morales, de género o de nacionalidad y reconocer el problema social subyacente al fenómeno de la explotación humana con fines sexuales⁴⁵.

A tales efectos, el Anteproyecto define “explotación” como la imposición de cualquier trabajo, servicio o actividad en cualquier sector económico, regulado o no, lícito o ilícito, cualquiera que sea la causa. O, dicho de otra forma, el tratamiento será igual cualquiera que sea la finalidad o “causa” de la explotación sexual (matrimonio, superioridad laboral, comercio, etc.). El Anteproyecto hace girar la intervención penal en torno a los conceptos de trata (tráfico con fines de explotación) y de explotación, con el que pretende designar a las modernas formas de esclavitud⁴⁶. Como formas de explotación, el Anteproyecto distingue entre servicios forzosos, servidumbre y esclavitud -concepto inexistente en la actualidad en el ordenamiento jurídico español-, y, en consecuencia, no tipifica la prestación sexual cuando no hay explotación, con lo que, tácitamente está reconociendo la libertad de disposición sobre su propio cuerpo a las personas. Sin embargo, en casos de explotación, sí tipifica la conducta del cliente y la tercería locativa.

En cualquier caso, el Anteproyecto no incorpora reforma alguna de la actual regulación de los delitos relativos a la prostitución u otros (como acoso laboral, tráfico de trabajadores, por ejemplo), aunque, de seguir adelante con esta propuesta, de *lege ferenda* sería necesario revisar algunos otros conjuntos de delitos del Código penal para conseguir una regulación homogénea y, sobre todo, bien coordinada.

De modo que, en definitiva, lo que implícitamente está reconociendo el Anteproyecto de una forma más explícita es que el reproche y la intervención penal deben orientarse hacia la represión de la explotación de personas porque esto es lo que, efectivamente, afecta a los derechos humanos y a la dignidad de las personas; pues es la explotación, el abuso y, en definitiva, convertir a las personas en objetos y no en fines en sí mismos, lo que atenta

⁴³ El Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos fue aprobado por el Consejo de Ministros del 29 de noviembre de 2022. Puede verse el texto íntegro en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20Org%C3%A1nica%20Trata%20TAIP.pdf> [citado:18.01.2024]. Según su art. 1.1, *La presente ley tiene por objeto actuar contra todas las formas de trata de seres humanos y de explotación que constituyen la finalidad definidora de la trata.*

⁴⁴ Al respecto, PÉREZ ALONSO, E., “Trata y formas contemporáneas de esclavitud: propuestas legislativas de reforma”, en *Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica*, por De la Cuesta Aguado/ San Millán Fernández (Coord.), Valencia, 2023, pp. 85 ss.

⁴⁵ Puede verse sobre el citado Anteproyecto, PÉREZ ALONSO, E., “Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español”, en *RECPC* 24-07 (2022) , pp. 1583 ss.; SANZ MULAS, N., “Anteproyecto de Ley Integral contra la Trata. Encarando la explotación de la desesperación humana”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. 43 (2023), pp. 1-37.

⁴⁶ Puede verse ampliamente, POMARES CINTAS, E., “Un nuevo modelo, otros deberes de diligencia para afrontar la esclavitud moderna: el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la Trata y la Explotación de seres humanos (2022)”, en *Revista Sistema Penal Crítico*, 4 (2023). Disponible en <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/2697-0007/article/view/31434/29773> [citado: 22.04.2024].

contra las bases mismas de la democracia y de los derechos humanos. Y, sobre todo, que es la desigualdad económica y de oportunidades la que favorece, facilita y permite la explotación de unas personas sobre otras, también para la prestación de servicios sexuales, sean del tipo que sean.

Y, dicho así, la respuesta penal no es, ni mucho menos, la más urgente.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUSTIN, J.L., *How to Do Things with Words*, Cambridge (USA), 1962.
- BOZA MORENO, E., “La prostitución en España: el limbo de la alegalidad”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019), pp. 217-301. Disponible en <https://doi.org/10.15304/epc.39.5330> [citado:18.04.2024]
- CARUSO FONTÁN, V., “Sobre la criminalización de las actividades relacionadas con la prostitución consentida”, en *Revista de Derecho y proceso penal*, (25) 2011, pp. 31-44.
- CRUZ MÁRQUEZ, B., “Proxenetismo lucrativo: ¿una modalidad diferente de explotación laboral?, en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, de De la Cuesta Aguado et al (coord.), Valencia, 2018, pp. 1017-1031.
- CRUZ MÁRQUEZ, B./ MALDONADO GUZMÁN, D., “La prostitución desde la perspectiva del control social: principales efectos socio-criminológicos”, en *Revista Española de Sociología*, 31(1), a96 (2022), pp. 1-10. Disponible en <https://doi.org/10.22325/fes/res.2022.96> [citado: 18.01.2023].
- CUGAT MAURI, M., “Prostitución y corrupción de menores e incapaces”, en *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. Tomo I, 2^a ed.*, de Álvarez García (Dir.), Valencia, 2011, pp. 1267-1328.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Valencia, 2013.
- DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Delitos de tráfico de personas, objetos y mercancías*, Valencia, 2014.
- DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud”, en *Revista de Derecho social*, 41/2008, pp. 75-93.
- GARRIDO GUZMÁN, L., *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y otras conductas relacionadas”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, 22-10 (2020).
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal” en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. 43 (2023), pp. 1-47. Disponible en <https://doi.org/10.15304/epc.43.8930> [citado:18.01.2024].
- LLOBET ANGLÍ, M., “¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de *lege lata* y desaciertos de *lege ferenda*”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (19) 2017, pp.5 ss.

- NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Solicitud sexual (arts. 443 y 444 CP)”, en *Tratado de Derecho penal español. Parte especial*. Tomo III, *Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, de Álvarez García (Dir.), Valencia, 2013, pp. 683-728.
- POMARES CINTAS, E., “La prostitución, rehén histórico de la trata de personas: la conformación política de una nueva victimización de mujeres”, en *Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*, de Carrasco Andrino (Dir.), Valencia, 2020, pp. 104-132. <https://doi.org/10.46661/relies.5109>
- SANCHEZ TOMÁS, J.M., “Cohecho”, en *Tratado de Derecho penal español. Parte especial*. Tomo III, *Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, de Álvarez García (Dir.), Valencia, 2013, pp. 375-460.
- TAMARIT SUMALLA, J., “Prostitución: regulación, prevención y desvictimización”, en *Prostitución ¿Hacia la legalización?*, de Villacampa Estiarte (coord.), Valencia 2012, pp. 269-284.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica”, en *Revista española de derecho constitucional* (102) 2014, pp. 167-208.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “A vueltas con la prostitución callejera: ¿hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave?” en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), pp. 413-455 .
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Cizur Menor, 2011.